

フリッツ・シュルツ

「古典期ローマ私法」(II)

(第Ⅴ部 債権債務関係の法)

早稲田大学ローマ法研究会

佐藤 篤士 監訳

Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1961, Oxford University Press
(Part V Law of Obligations)

本邦訳は Oxford University Press より翻訳が認められたものである。

目 次

第Ⅴ部 債権債務関係の法

序説

第1章 契約法

1. 序

2. 問答契約一般（以上第55巻1号）

3. 問答契約の特殊な型態

814 一般的性格

i. 更改 815 概念と種類 816 更改の意思 817 もとの債権債務関係と新たな債権債務関係 818 更改の機能 819 文書契約か必然的更改か

ii. 他人のためにする問答契約 820 第三者のためにする契約 821 誰も他人のために問答契約をなすことはできない 822 誰も他人の為に問答契約をなすことはできないという古典期の原則の根拠 823 その他の禁止されていた契約 824 第三者のためにする有効な契約 825 負担つき贈与 826 ユースティニアヌス法

iii. 要約と諾約における多数当事者 827 問答契約の方式 828 共同連帯 829 共同連帯の範囲 830 ユースティニアヌスの改革

iv. 参加要約 831 概念と方式 832 要約者と参加要約人は要約における多数当事者ではない 833 参加要約の付従性 834 更改との相違 835 連帯債権 836 争点決定と更改 837 受託者としての参加要約人 838 消滅

v. 付従的な誓約と信約 839 誓約（その用語法） 840 信約（その用語法） 841 誓約と信約にかんする法 842 方式 843 参加諾約 844 諾約における多数当事者でない 845 付従性 846 更改ではない 847 連帯債務 848 先訴検索の利益ではない 849 弁済 850 遅滞と過失 851 争点決定 852 誓約の一身専属的な性格 853 消滅時効 854 弁済費用返還請求訴権，委任訴権，事務管理訴権 855 共同保証人の連帯と共同連帯 856 分担の利益 857 アープレーイウス法

vi. 信命 858 その起源 859 その性格 860 主たる債権債務関係の性格 861 主たる債権債務関係が存在しなかった場合 862 主たる債権債務関係がなくなった場合 863 抗弁 864 負債額を超えない信命 865 遅滞ではあるが共同連帯ではない 866 償還 867 分担の利益 868 共同信命人相互の償還 869 ユースティニアヌス法（以上本号）

3. 問答契約の特殊な型態

(483)

814 一般的性格

さてわれわれは、一連の問答契約のうち一般に重要な特殊型態について考察してみよう。これらの問答契約にかんする法は共和政期に発展したものであり、したがってこの法は、方式主義的で簡単かつ明瞭な、共和政期の法学がもっていた紛れもない特徴を示している。ただひとつの例外は、共和政末期ないしは元首政期の初めに創られた信命 (*fideiussio*) にかんする法である。

i. 更改 (*novatio*)

815 概念と種類

法源 Gai. 3. 176, 177; D. (46. 2) 1pr. [*vel...naturalem*]; [*transfusio...atque*]; (46. 2) 8. 5 [*si hoc...alter liberatur*]; (46. 2) 34. 2; *stipulatio Aquiliana*: D. (46. 4) 18; *Inst. Inst.* (3. 29) 2; D. (2. 15) 4.

novatio (更改) と名づけられた古典期の制度は、それが完全に有効なものであったならば、既存の債権債務関係に代えて新たな債権債務関係を発生させる問答契約 (484) 約であった。この概念に該当する種々の事例について考察することにしよう。

1. AとBが売買契約を締結した。後に彼らはつぎのような問答契約をした。A (売主) はBに尋ねた。「あなたが売買によって私に負担しているものを私に与えると誓約するか。」(*Quod tu mihi debes ex vendito dari mihi spondes?*)。Bは答えた。「私は誓約する。」(*Spondeo.*)。この法的効果はどのようになるだろうか。今日の法律家ならば次のように言うだろう。すなわち、この場合には2つの債権債務関係が存在する。一方は売買から生じ、他方は問答契約から生ずるものである。だがもしそのうちの一方が履行されたとすれば、他方は自動的に消滅する、と。しかし共和政期および古典期の原則はこれと異なっていた。つまり、売買から生ずる債権債務関係 (*obligatio ex vendito*) は消滅し、両当事者が更改の意思 (*animus novandi*) を持っているときと否とにかかわらず、問答契約から生ずる債権債務関係 (*obligatio ex stipulatione*) がそれにとって代わったのである。新たな債権債務関係は、売主訴権 (*actio venditi*) は誠意訴権 (*actio bonae fidei*) であるが、問答契約に基づく訴権 (*actio ex stipulatione*) は誠意訴権でなかったために、もとの

債権債務関係とは異なっていた。

もしBがAから貸金として100〔金〕を受領し、後に問答契約によってこの貸金の全額を返済するよう約束したなら、消費貸借から生ずる債権債務関係 (*obligatio ex mutuo*) は解除されて、問答契約から生ずる債権債務関係だけが残った。たしかに消費貸借 (*mutuum*) に基づく訴権は問答契約に基づく訴権、すなわち確定貸金訴権 (*actio certae creditae pecuniae*, 前述, 809) と同じものであったが、問答契約から生ずる債権債務関係は、それだけが受領問答契約 (*acceptilatio* Gai. 3. 169) によって解除され、また誓約 (*sponsio*) または信約 (*fidepromissio* Gai. 3. 119, 後述, 845) によって保証されうることから、消費貸借から生ずる債権債務関係とは異なっていた。このように新たな債権債務関係は債権者に新たな利益をもたらすことになり、更改はこうした理由からも効果的であった。しかしながら、もしBが問答契約に基づいてAに100〔金〕を負担していて、後にもう一つの問答契約によりこれと同じ100〔金〕をAに約束したとしても、少なくとも古典法では、後の問答契約は明らかに無効であった。というのは、後の問答契約は先の問答契約にもともと含まれていなかったものをなんら付け加えるものではなかったからである (Gai. 3. 177)。もし第2の問答契約が先の問答契約に欠けている期日 (*dies*) とか条件 (*condicio*) を含んだものであったなら、もちろんそれは有効であった。

複数の債権債務関係でも同一の問答契約によって更改することができた。したがって、諾約者が問答契約の時点で要約者に義務を負うすべての債務は、一個の行為 (*unus actus*) によって更改することができた。キケロの友人アクィーリウス＝ガッルスが先例——いわゆるアクィーリウスの問答契約 (*stipulatio Aquiliana*)——を起草したのは、この後者の事例に対処するためであった。

2. Dは売買 (*venditum*) または消費貸借 (*mutuum*) または問答契約 (*stipulatio*) (485) によって、Cになんらかを負担していた。後にBはCに問答契約によって、DがCに負っているものを支払うよう約束した。この場合も今日の法律家なら、DもBも現にCの債務者となるが、もし彼らのひとりが債権者に完済したならば、他の者は債務を免除されることになるだろう。しかしながら、共和政期および古典期の法では、両当事者が更改の意思 (*animus novandi*) を持っているかどうか

かには関係なく、これは更改の事例であった。今やBだけがCの債務者となった。そしてBがDの同意なしにDの債権者に完済したとしてもかまわないのであるから、Dの同意は必要ではなかった。この場合、新たな債権債務関係は、つねになにか新しいもの、すなわち新たな債務者を含んでいたのである。

3. Dは売買または消費貸借または問答契約によって、Cになんらかを負担した。後にDはBに問答契約によって、DがCに負っているものをBに支払うと約束した。たとえ無方式で表明したもので、Cがそれに同意を与えたならば、これも更改の事例であった。このようにして、Cは請求権を失って今やBだけがDの債権者となった。特別の更改意思は必要とされなかった。

816 更改の意思 (animus novandi)

法源 *Inst. Iust.* (3.29) 3a; D. (46. 2) 2 [ex quacumque...obligationes]

これらの事例は明らかに非常に簡単なものであり、またきわめて形式主義的な原則でもあった。ところが古典期以後の法律家たちは更改の意思 (animus novandi) が必要だとし、さらにユースティーニアヌスは一步進めて、両当事者がはっきりと自らの更改の意思を告げたときのみ更改が生ずると規定した (C. 8. 41. 8)。更改の意思を要件としている古典期の数多くのテキストは、すべて改ざんされたものである。ガーイウスも更改の意思についてはなにも述べていない。

817 もとの債権債務関係と新たな債権債務関係

法源 *Gai.* 3.176, 179; C. (8.40) 4 [legitime perfecta]; D. (46. 2) 18 [legitime facta]; (13. 7) 11. 1.

さてわれわれは若干のそれに付随する原則を挙げておかなければならない。

1. 「セーイユスよ、ティティウスが私に負担しているものを、私に与え、なすと誓約するか (Quod Titius mihi debet, tu, Seie, mihi dari fieri spodes?). 私は誓約する (Spondeo.)」という問答契約が行なわれたとしよう。もしティティウスが現になにも負っていなかったとしたら、セーイユスもまたなんら負担しなかったことになる。そして、ティティウスがなにかを負っているとしても抗弁 (exceptio) によって債権者の訴権を無効にすることができるのであれば、セーイユスもまた自らこの抗弁を援用することができた。

2. もとの債権債務関係が終了すると、それに伴って債権者の債権債務関係に付随するすべての権利（保証や質 *pignus*）も消滅した。

3. 共和政期の法では、ともかくセルウィウス＝スルピキウスの学説によると、たとえ新たな債権債務関係が成立しなかった場合ですらもとの債権債務関係は消滅した。すなわち、債権者がどちらの請求権をも放棄したとみなされたのは明らかである。古典期の法学者たちはこの厳格な原則をつぎのようなやや技巧的な区別を設けて緩和したのである。

(a) もし更改の問答契約が非存在の問答契約 (*stipulatio non existens*) であつたら、もとの債権債務関係はそのまま残った。もちろんこれは、問答契約の通常一般の方式が守られなかった場合とか、諾約者が外国人であるのに *spondeo* という言葉を使った場合 (*spondeo* はローマ市民だけが援用できるものであった。前述, 805) や、諾約者が奴隷であった場合にも生じた。

(b) しかしながら、更改の問答契約における諾約者が後見人の助成 (*auctoritas tutoris*) なしに行爲した未成熟者 (*pupillus*) とか女子であったなら、もとの債権債務関係は消滅した。というのは、未成熟者または女子によってなされた約束は無効であつて債権債務関係は生じなかったが、この問答契約は非存在の問答契約 (*stipulatio non existens*) ではなかったからである。

818 更改の機能

古典期の更改は、実質的には代物弁済 (*datio in solutum*) のように機能した。つまり、もとの債権債務関係の債権者は、自分に支払われることのない満足をも得たからである。更改の問答契約における要約者がもとの債権債務関係の債権者でなかった場合には、更改は非存在の譲渡に代わるものとなった。もし更改の問答契約における諾約者がもとの債権債務関係の債務者でなかったならば、更改はそれ以外の債務者への債務の移転の欠如を補うものとして機能したのである。

819 文書契約か必然的更改 (*novatio necessaria*) か

法源 Gai. 3. 180, 181; D. (20. 1) 13. 4; (46. 2) 29 [*voluntariae*]; [*si id ...actum est*], しかしテキストは全文古典期以後に起源を有するものである。

Fr. Vat. 263 [*si...novavit*]; Beseler, *Z.* xliii (1922), 539. を見よ。

更改が問答契約によってなしうるにすぎなかったということは明らかである。ともかくこの方式に触れているのはガーイウスだけである。一般にいわゆる文書契約（後述, 870）もまた更改として機能したと推測されているが、その可能性はあるけれども確かではない。さらに今日の研究者たちは、一般に、もとの債権債務関係が争点決定（*litis contestatio*）によって消滅した場合には、争点決定が更改として機能したと言う（問答契約による任意的更改 *novatio voluntaria* とは対照的な、いわゆる必然的更改 *novatio necessaria*）。事実ガーイウスは、更改にかんする章の直ぐあとで争点決定による債務の消滅について取り扱っている（*Gai. 3. 180, 181*）。しかし、彼はそれを更改として述べているのではない。なるほどガーイウスは共和政期の言い回し（*dictum*）に触れてはいる。つまり、

「争点決定以前に債務者が支払うことを要する（*ante litem contestatam dare debitorem oportere*）；争点決定以後に有責の判決を受けることを要する（*post litem contestatam condemnari oportere*）；有責判決以後に判決債務を履行することを要する（*post condemnationem iudicatum facere oportere*）」

しかしながら、「有責判決を受けることを要する」（*condemnari oportere*）という言葉が被告側の債権債務関係をさしていないのは確かである。また、質（*pignus*）は対人訴訟において争点決定が行なわれても消滅しなかった。必然的更改の観念は、明らかに古典期の法学者たちにはまったくなじみのないものであり、すでに古典期（487）以後ユースティニアヌス以前の二、三のテキストに見られるのであるが、この観念はまったく捨てるべきものであろう。

ii. 他人のためにする問答契約（*alteri stipulari*）

820 第三者のためにする契約（*contractus in favorem tertii*）

今日の研究者たちは、長いあいだ「第三者のためにする契約」という概念に親しんできたので、ローマ法においてこのような契約がはたして有効だったのかどうか、またどの程度まで有効であったのかについて取り上げざるをえなくなった。しかしながら、異質な諸事例を含むそのような契約についての一般的な概念は、古典期の法学者たちには知られておらず、古典法の分析には役立たない。

821 誰も他人のために問答契約をなすことはできない（*alteri stipulari nemo*）

potest)

法源 Gai. 3. 103, 163; 2. 95; D. (50. 17) 73. 4; C. (5. 12) 26; (8. 38) 3
pr. [nisi sua intersit]

1. Bは問答契約によって、第三者（ティティウス）へある金額を支払うよう約束した。この種の問答契約は古典法の下ではまったく無効であった。つまり、ティティウスもAもBを相手方とする訴権を持たなかった。だがもしAがティティウスの奴隷であるかティティウスの権力に服する息子であったなら、この問答契約は有効となった。この事例においては、ティティウスその人だけが債権者となり、問答契約に基づく訴権を取得したのである。この原則についてはガーイウスがはっきりと述べている。

3. 103:「われわれに対して権力を持っていない者のために、われわれが与えられるように要約したときは、その問答契約は無効である。」(*Inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus.*)

3. 163:「これまで契約から生ずる各種の債権債務関係について説明してきたが、ここでわれわれは、当然われわれ自身の手でそれらを獲得できるばかりでなく、われわれの父権、夫権またはマンキピウム権に服している者たちを通じてわれわれが取得できるということに注意しなければならない。」(*Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas quae in nostra potestate manu mancipiove sunt.*)

この主張を断とうとする試みはどのようなものであれ無用なことである。他人のためにする問答契約（*stipulatio alteri*）は、要約者が第三者の権力に服していなければまったく無効であった。この問答契約が無効となるのはただ第三者に対する拘束的な債権債務関係を含まない場合だけであったと考えてはならない。ましてこの問答契約は、もし要約者が問答契約の履行について利害関係があったならば、要約者がその履行を強制できたと考えてはならない。このように考えるのは現実逃避の最たるものである。つまりそのような解釈はガーイウスのテキストとも相容れないからである。

822 誰も他人の為に問答契約をなすことはできないという古典期の原則の根拠

2. ローマ法学者たちは、この古典期の原則の根拠について繰り返し研究してきた。たしかに、それは他人のためにする問答契約を無効とするような要約者側の利害関係が欠如していたということではない。というのは、このような利害関係は実際にはつねに存在していたからである。分別のある者なら問答契約履行について利害 (488) 関係を持たずに第三者のために問答契約など締結しないであろう。たとえその者が第三者に贈与をなすことしか望まなくとも、それはそれなりの利害関係であったと思われる。古典期の法学者たちはおそらくこの点を無視することができなかったであろう。他方、主人のために問答契約をなす奴隷は利害関係を持ってはいなかったが、それにもかかわらずこの問答契約は有効であった。その真の理由はごく簡単なものである。すなわち、古典期ローマ私法は原則として直接代理を認めなかった。この原則は、いささか不適切ではあるが、よく知られた格言で表わされている。つまり、「われわれは第三者を通じて取得することができない。」(per extraneam personam adquiri nobis non potest.) この格言から、ただちに諾約者は第三者に義務を負わず、第三者は諾約者を相手どっていかなる訴権も持たないということになった。しかしながら、この格言は、さらに第三者になんらかの権利を生じさせることを目的としたいかなる問答契約もまったく無効であることを意味した。このような問答契約は、共和政期の法学者たちの目には、他人のためにする問答契約と映ったのである (なぜなら他人のために問答契約をなすこと *alteri stipulari* にかんする原則を、Q. ムーキウスまで遡って跡づけることができるからである)。というのは、その表現からすれば、この問答契約の唯一の目的は、諾約者に第三者に対する義務を負わせることにあると思われるからである。共和政期の法学者たちは、当時まだ他人のために問答契約をなすことと第三者の名義で問答契約をなすこと (直接代理) との間に区別を設けることができなかった。まさしくこの厄介な区別ははるか後の世紀の法律家たちを悩ませてきた。このようにして、「誰も他人のために問答契約をなすことはできない」(*alteri stipulari nemo potest*) という原則は、直接代理に対する一般原則のひとつの帰結であった。このことは多くの例外からいっそうはっきりする。つまり直接代理が認められるかぎりです (すなわち、要約者が

第三者の権力に服していたとき) 他人のためにする問答契約は有効となったのである。

823 その他の禁止されていた契約

法源 C. (4.50) 6.3; (3.42) 8 [commodavit aut]; [stricto iure]; [utilis ...actio]; D. (12.1) 9.8 [nec dubitari...debitori nostro]

3. もしこの説明が正しいとすれば、問答契約だけでなくその他の契約も直接代理についての原則に違背したときは、当然無効となったはずである。

夫がはっきりと妻の名義で (nomine uxoris) 売買契約を締結した。この契約は無効であって、夫も妻もともに訴権を持たなかった。またもしAが寄託物としてあるものをBに与え、Bがそれをティティウスに返還するという同意を得ていたとすれば、その契約は無効であった。さらにAがBにある金額を与え、Bがそれを事務全体についてはなにも承知していないティティウスから貸与された貸金とみなすという同意を得ていた。この契約は無効ではあったが、ティティウスはBを相手どって原因のない不当利得返還請求訴権 (condictio sine causa) を有した。

824 第三者のためにする有効な契約

4. 他方、この原則に違背しなかった契約は有効であったが、今日の法律家たちによればこれも第三者のためにする契約とみなされるであろう。 (489)

(a) 法源 D. (17.1) 6.4.

他人のための委任 (mandatum aliena gratia) は有効であった (Gai. 3. 155)。委任契約 (contractus mandati) によって、Aがティティウスに対してある金額を支払うようBに権限を委ねたとしよう。この場合直接代理はまったく問題とならなかった。というのは、BがAに約束したことはティティウスに対してその金銭を支払うことではなく、Aがいつでも取り消すことのできる委任を遂行することだったからである。

(b) 法源 D. (45.1) 38.17.

「もしもティティウスに100 [金] を支払わないとすれば、あなたは私にその100 [金] を支払うと誓約するか」 (Centum mihi dari spondes si Titio centum non

dederis?)。このような問答契約は、直接代理を含まないので有効であった。

- (c) 法源 D. (45. 1) 38. 21. (信憑性はないが実質的には古典期のテキストである)

Aと請負人Bが、Aの土地(fundus Cornelianus)に建物を建てるという請負契約(locatio conductio operis)を締結した。そこでBは、建築のために労働者を雇った。もちろんこれらの契約は有効であった。Bはまた建築業者とのあいだで、建築業者がBにAのコルネーリウスの土地に建物を建てるよう約するとの請負契約を締結することもできたし、さらにBは建築業者がそのような約束をする問答契約さえも締結することができた。第三者のためにするこれらの契約は、すべてBがAの直接代理として行為したのでないことは確かであるから、有効なものであった。

- (d) 法源 Gai. 3. 103; D. (45. 1) 110pr.; D. (18. 1) 64 [est] <esto>; [personam...ideoque]

「あなたは私とティティウスとに支払うと誓約するか。」(Mihi et Titio dari spondes?) 諸約者は要約者に義務を負うだけにすぎなかった。問題は、要約者が100〔金〕を請求できたのか、それとも50〔金〕にすぎなかったのかということだけあった(Gai. 3. 103)。

- (e) 法源 Gai. 3. 103a; D. (20. 1) 33; (46. 1) 23.

「あなたは私またはティティウスに支払うと誓約するか。」(Mihi aut Titio dari spondes?) 諸約者は要約者に義務を負うにすぎなかったが、彼は(弁済のために加えられた者 solutionis causa adictus として)ティティウスに支払えば、それによって要約者に対する自己の債務を免れることができた。

- (f) 法源 D. (16. 3) 26pr., salva [ve]; [filio an marito]; Stephanus schol. 3 ad Bas. (13. 2) 26, Heimbach, 2. 54. を参照。

AはBと寄託契約を締結して、寄託者Aが寄託物を請求することができ、かつAの死後はティティウスが請求できるという同意をしていた。この契約は有効であったけれども、この場合はAだけが、彼の死後はその相続人が寄託物を請求できたであろう。

825 負担つき贈与(donatio sub modo)

法源 *Fr. Vat.* 286.

5. Aは一定期間経過した後ティティウスに贈与するという無方式の了解を得てBに贈与した。これはいわゆる負担つき贈与 (*donatio sub modo*, 後述, 974) であった。Aもティティウスもこの同意を強制できる訴権を持っていなかった。しかしながら、古典時代の最盛期(2世紀末から3世紀)には、勅法は「妥当性を持つ法の解釈」(*benigna iuris interpretatio*, *Fr. Vat.* 286)によってティティウスに訴権を認めた。だがこの事例は古典期にまだ例外的なものであった。

826 ユースティーニアヌス法

法源 D. (45. 1) 38. 17 と 22 (インテルポラーティオー); *Inst. Iust.* (3. 19) 19と20最初の文章; C. (8. 38) 3pr. [*nisi sua intersit*]; C. (5. 14) 7. [*licet*]; [*tamen...actio*]; Thalelaeus schol. 2 ad Bas. (29. 1) 37, Heimbach, 3. 483 を参照; D. (30) 77 [*quasi...debitori*]; [*quod cum...potest*]; Beseler, Z. xlv (1925), 262. を見よ。

6. ユースティーニアヌス法は主としてつぎのような二つの点で、古典法と異なっている。

(a) 他人のために問答契約をなすことはできないという原則は残されたけれども、ここでは要約者側の利害関係がつねに欠如していたという誤った推測を根拠に置いていた。他人のためにする問答契約が要約者によって、第三者に対する債権債務関係から自ら免れようとするために締結されたときは、要約者がそれ相応の利害 (490) 関係を持っていたのであるから有効なものとみなされた。

(b) ユースティーニアヌス法は、一連の事例で第三者に訴権を認めた。このような訴権が現われる古典期のテキストはすべて改ざんされたものであり、それらの唯一の例外は、前項で触れた負担つき贈与を取り扱ったものである (*Fr. Vat.* 286 = C. 1. 8. 54. 3)。ユースティーニアヌス法の編纂者たちに第三者のために訴権を認めるよう促したのは、おそらく古典期には例外とされたこの事例であった。債務者により残された信託遺贈 (*fidecommissum a debitore relictum*) はあまりにもかけ離れたものとなった。

iii. 要約と諾約における多数当事者 (*plures rei stipulandi et promittendi*)

827 問答契約の方式

法源 *Inst. Iust.* (3. 16) pr. と 1.; D. (45. 2) 16 真正なものである。(46. 2)

31. 1: *utrique obligationem* まで; [*iudicium*]; (45. 2) 2 [*aut...aut*]; [*et singuli ...ideoque*]; (45. 2) 11. 2.

2人またはそれ以上の者が、まったく同一の問答契約で要約者または諸約者として行為することもできた。このような問答契約はつぎのような方式で行なわれなければならない。

1. マエウィウスとセーイユスとがティティウスに尋ねた。

マエウィウス：10〔金〕を私に支払うと誓約するか。

セーイユス：同じ10〔金〕を私に支払うと誓約するか。

ティティウス：あなたがたの双方に支払うと誓約する。

(*Maevius: Decem mihi dari spondes?*)

Seius: Eadem decem mihi dari spondes?

Titius: Utrique vestrum dari spondeo.)

この問答契約の法的効果は、今日の法律家たちが「連帯債権」と呼ぶものであった。ティティウスからはセーイユスもマエウィウスもともに10〔金〕を請求できたが、もしティティウスが10〔金〕をマエウィウスに支払ったとすれば、セーイユスに対するティティウスの債務も消滅し、またもしマエウィウスが受領問答契約(*acceptilatio*)によってティティウスを免除すれば、いずれの債務も消滅した。たとえマエウィウスの方がティティウスを訴追したとしても、いずれの債権債務関係も争点決定の消耗的な効力 (*consumptive force*) によって破られたのである。

2. ティティウスがマエウィウスとセーイユスとに尋ねた。

ティティウス：マエウィウスよ、10〔金〕を私に支払うと誓約するか。セーイユスよ、同じ10〔金〕を私に支払うと誓約するか。

マエウィウスとセーイユス：私は誓約する。

(*Titius: Maeui, decem mihi dari spondes? Sei, eadem decem mihi dari spondes?*)

Maevivs; Seius: Spondeo.)

この問答契約の法的効力は、今日の法律家たちが「連帯債務」と呼ぶものであった。ティティウスに対してセーイユスもマエウィウスもともに10〔金〕を負担したが、もしマエウィウスがティティウスに10〔金〕を支払ったとすれば、いずれの債務も消滅し、またもしティティウスが受領問答契約によってマエウィウスを免除したなら、セーイユスもまた免除された。たとえティティウスがマエウィウスの方を訴追したとしても、争点決定によりいずれの債権債務関係も破られたのである。

828 共同連帯

(491)

これらの連帯類型は、19世紀のローマ法学者たちによって「単純連帯」と対比して「共同連帯」（債権者側の共同連帯と債務者側の共同連帯）と呼ばれた。この場合、それぞれ一人の要約者により、あるいは一人の諸約者との間で争点決定が行なわれても、もう一方の（あるいは複数の）債権債務関係はそのまま残った。このような用語法は、われわれの史料にはまったくなく、共同当事者（*correus*）という言葉がただ一度現われているが（D. 34. 3. 3. 3）、この場合は専門的な意味で使われているのではない。

829 共同連帯の範囲

法源 D. (45. 2) 9pr. [fiunt...decem dato], Beseler, *St. Bonfante*, ii, 74; (30) 8. 1. 偽造 (Beseler, *Z.* xlvii, 371f.); (31) 16. 偽造 (Beseler, *ibid.*, 373); Gai. 2. 205; D. (9. 3) 1. 10; (9. 3) 3 [sed] <et>; <non> liberabuntur; Bonfante, *Scritti*, iii, 231 を参照。

われわれがここでは触れることもできない困難な問題は、古典法において共同連帯をそれ以外のやり方——他の契約たとえば、使用貸借（*commodatum*）や寄託（*depositum*）、または契約以外でも、たとえば債権遺贈（*legatum per damnationem*）または盗（たとえば、2人の盗人のおのおのを相手どって提起された盗にかんする不当利得返還請求訴権（*condictio furtiva*）など——で発生させるのかどうか、もしそれができるとすればどの程度まで可能かという問題である。関連するテキストは改ざんされていて、これまでのところ古典法についてはまったく意見の一致をみていない。しかしながら、古典法の下では、同一種類の2ないしそれ以上の罰金訴権はつねに競合されたため、その結果この範囲においては共同連帯も単純

連帯もなかったことを心にとどめておかなければならない。連帯に対する古典期の競合性をいくつかの事例で緩和することは、編纂者たちの手に委ねられたのである（後述、977）。

830 ユースティニアヌスの改革

ユースティニアヌスは、古典期の債務者側の共同連帯にかんする事例においては争点決定の消耗的な効力を廃止し、その結果それは単純連帯に変わった。債権者側の共同連帯については、明らかに古典法がそのまま残された。

iv. 参加要約 (adstipulatio)

831 概念と方式

法源 全体について、Gai. 3. 110-114, 117, 215, 216.

参加要約 (adstipulatio) はつぎのようなやり方で行なわれた。

マエウィウス：ティティウスよ、10〔金〕を私に支払うと誓約するか。

ティティウス：私は誓約する。

セーイユス（マエウィウスの同意を得たうえで尋ね）：ティティウスよ、同じ10〔金〕を私に支払うと誓約するか。

ティティウス：私は誓約する。

(Maevius; Titi, decem mihi dari spondes?)

Titius: Spondeo.

Seius: Titi, eadem decem mihi dari spondes?

Titius: Spondeo.)

第2の問答契約が参加要約と呼ばれ、セーイユスは参加要約人 (adstipulator) と呼ばれた。参加要約はそれに先立つ完全無欠な問答契約に付随し、主たる要約者のために付け加えられたものである。

832 要約者と参加要約人は要約における多数当事者ではない

1. 2人の要約者は行為の一体性 (unitas actus, 前述, 827を見よ) が存在しないので、要約における多数当事者でなかった。すなわち参加要約は、ティティ (492) ウスの最初の spondeo によって主たる問答契約が完成された後続けて締結された。参加要約は、古典期にはそれに先立つ問答契約の直後に続けて行なわれたが、

期間においてそれを行なっても法的な障害はなかった。また参加要約人は、主たる要約者が用いたのとは別の言葉を用いることもできた。たとえば参加要約人が *promittis*? 〈あなたは約束するか〉と尋ね、一方主たる要約者が *spondes*? 〈あなたは誓約するか〉と尋ねることもできたのである。

833 参加要約の付従性

2. 参加要約は主たる問答契約に付随したのであって、主たる債権債務関係に付随したのではなかった。したがって、参加要約には問答契約の方式が適切に守られた主たる問答契約が先行しなければならなかったが、参加要約は、たとえ主たる問答契約が債権債務関係の発生にかんしては成功しなかったとしても有効であった。

つぎの事例について考えてみよう。

マエウィウス：ティティウスよ，10〔金〕を私の死後支払うことを私に誓約するか。

ティティウス：私は誓約する。

セイユス：ティティウスよ，同じ10〔金〕を私に支払うことを誓約するか。

ティティウス：私は誓約する。

(*Maevius: Titi, decem mihi post mortem meam dari spondes?*)

Titius: Spondeo.

Seius: Titi, eadem decem mihi dari spondes?

Titius: Spondeo —)

主たる問答契約は、要約者の死後の問答契約 (*stipulatio post mortem stipulatoris*) が無効 (*inutilis*, *Gai. 3. 100*) であったために効力を持たなかったけれども、参加要約は有効であった。ガーイウスは、彼の時代にはこれが参加要約の用いられたほとんど唯一の事例であったと言い切っている (*Gai. 3. 117*)。

参加要約の付従性は、参加要約人が主たる要約者の要約したものを超えないものについて要約することはできても、それを超えるものについて要約することはできなかったという原則から明らかになる。

834 更改との相違

3. 参加要約は更改の効力を持っていなかった (前述, 815以下)。第2の要約者

が「ティティウスよ、マエウィウスに負っているものを私に支払うと誓約するか」(Titi, quod debes Maevio id mihi dari spondes?) と尋ねた場合には、これは更改だったと思われるが(前述, 815), 参加要約においてこの方式は慎重に避けられていたのである。

835 連帯債権

4. 主たる問答契約から債権債務関係が発生した場合には、参加要約は第2の債権債務関係をそれに付け加えた。つまり諸約者は2人の要約者おのおのの債務者となった(前述, 827)。だが諸約者は一度支払うだけですんだ。もし諸約者が2人の要約者の一方に支払ったとすれば、いずれの債務も消滅し、もしそのうちの一方が受領問答契約で諸約者を免除したなら、受領問答契約は仮装的弁済(imaginaria solutio, Gai. 3. 169)とみなされたため、これと同じ効力を持った。他方、参加要約人も主たる要約者とともに諸約者から支払いを請求することができた。このことから非常にはっきりすることは、ちょうど新たな要約者による更改がもとの債権者の同意を得たうえで始めて行なえるように(前述, 815. 3), 参加要約が主たる要約者の無方式の了解を得てはじめて可能であったということである。(493)

836 争点決定(litis contestatio)と更改

5. 法源がないため、われわれは争点決定について確かなことをほとんど言えない。共同連帯が存在しなかったのは明らかであり、2人の債権者のうち的一方により争点決定が行なわれても、他方に影響を及ぼさなかった。同様に、2個の債権債務関係のうち一方を更改しても他方には影響を及ぼさなかった(D. 45. 2. 2は要約における多数当事者について取り扱っているものであり、参加要約を取り扱っているものではない)。

837 受託者としての参加要約人

6. 参加要約人は一種の受託者であった。そのため、参加要約人の権利は厳格に一身専属的なもので、その者の相続人に移転することができなかった。奴隷は要約者として行為することができ、それによって自分の主人のために取得できたが、奴隷は参加要約人としては行為することができなかった。権力に服する息子は参加要約人になることができたが、その父親は参加要約から生ずる訴権を取得しなかつ

た。すなわち、息子が自権者 (*sui iuris*) になるときまで、息子のために訴権は留保されたのである。参加要約人は主たる要約者のために行為しなければならなかった。もし諸約者が参加要約人に支払ったならば、参加要約人は主たる要約者のために受領した金額を返済する義務を負った。古典法では、主たる要約者は参加要約人を相手どって委任訴権 (*actio mandati*) を持っていた (*Gai. 3. 111*)。参加要約人が要約者 (すなわち主たる要約者) 詐欺のための受領問答契約 (*acceptilatio in fraudem stipulatoris*) により諸約者を免除した場合には、主たる要約者はアクィーリウス法の第2章によって導入された参加要約人を相手方とする特別の訴権を有した (後述, 1005)。もちろん委任訴権はこの法律が成立した時代にはまだ存在していなかった (*Gai. 3. 215*)。古典法では、実質的にはこのアクィーリウス法訴権 (*actio legis Aquiliae*) は不用となったけれども、それにもかかわらず、それが「訴訟を否認すれば倍額について生じた」(*lis infitiando crevit in duplum*, 後述, 1009) と規定するように主たる要約者の利益をうちに含んでいたために保存されたのである。D. 9. 2. 27. 4 における文言、すなわち「この(アクィーリウス)法の第2章はまったく適用されなくなっている」(*Huius legis<scil. Aquiliae>secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.*) という文言は、大胆なインテルポラティオーとみなしなければならないし、ウルピアヌスのテキストと考えてはならない。

838 消 滅

7. 参加要約は2世紀末にはすでに消滅しつつあり、古典期以後の時代にはまったく消滅してしまった。したがってこれは、ユースティーニアヌス法典を含む古典期以後のどの法源にも存在しない。研究者たちは2世紀のエジプトの若干のパピルスに、参加要約があることを認めてきた。しかしこれらの問答契約は、エジプトで実際に行なわれたことは言うまでもないことではあるが、かの地ではほとんど知られていなかった純粋なローマの参加要約とはまったく無関係なものである。

v. 付従的な誓約 (*sponsio*) と信約 (*fidepromissio*)

839 誓約 (その用語法)

広義の誓約 (*sponsio*) は、両当事者が *spondere* (誓約する) という言葉を用い

たあらゆる問答契約を意味し、また狭義には、両当事者が *spondere* という言葉を使った問答契約から生じた一種の保証を意味した。われわれは、ここでは「付従的な誓約」と呼ぶ狭義の誓約だけを扱うことにしよう。このような誓約は、古典期にもまだローマ市民に限定された古い共和政期の制度であった。外国人はあらゆる種類の誓約から排除されていたのである（前述、805）。

spondere という言葉は、たしかにギリシア語の *σπένδειν* と類似しており、それは「神酒をつぐこと」と「契約を締結すること」を意味する。契約はもともと一杯のぶどう酒を飲むことによって行なわれた（Jacob Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, i, 1899, 263 以下）。ぶどう酒は古代には神酒を意味した。けれども、この方式性は共和政時代には久しく忘れ去られていた。*spondere* と *pendere* 〈つり下げる〉とが関連ありとすることは、*sponsio* では目方をはかる機会などまったくなかったので、誤まりであることは確かである。

840 信約（その用語法）

それほど古い時代に起源を有するものではないが、共和政期のもう一つの保証の型態として信約(*fidepromissio*)があった。広義の信約は、両当事者が *fidepromitto* 〈信義により約する〉という言葉を用いたあらゆる問答契約を意味した。また狭義には一種の保証を意味し、われわれはこれを「付従的な信約」と呼ぶことにする。この型態は市民ばかりでなく外国人も援用することができたのである。

841 誓約と信約にかんする法

付従的な誓約と信約はともに（プーブリウス法を別にすると、後述、854）同一の法原則に従った。したがってわれわれは、簡潔を期すため以下の説明を付従的な誓約に限定することにしよう。読者も、われわれの説明で相違点ははっきりと述べていなければ、信約にも言及しているということをつねに念頭に置いてもらいたい。

842 方式

法源 Gai. 3. 116. 最初の文章。

付従的な誓約はつぎのようなやり方で行なわれた。

ティティウス：マエウィウス（主たる債務者）よ、10〔金〕を私に支払うと誓約

するか。

マエウィウス：私は誓約する。

ティティウス：セーユス（保証人）よ、同じ10〔金〕を私に支払うと誓約するか。

セーユス：私は誓約する。

(Titius: Maevi decem mihi dari spondes?

Maevius; Spondeo.

Titius: Sei, eadem decem mihi dari spondes?

Seius: Spondeo.)

第2の *sponsio* が付従的な誓約である。信約の場合には、両当事者は付従的な問答契約で *spondere* の代わりに *fidepromittere* という動詞を用いた。

843 参加諾約 (*adpromissio*)

付従的な誓約（および信約）は参加要約（前述、831）と著しい対比をなしている。すなわち参加要約では第2の要約者つまり参加要約人がいたのに対して、付従的な誓約（および信約）では第2の諾約者つまり参加諾約人 (*adpromissor*) がいたことである。

参加諾約人 (*adpromissor*) という言葉は付従的な誓約人 (*sponsor*) と信約人 (*fidepromissor*) とを含むものであるが、フェストゥスが述べているように (*v. adpromissor*, Bruns, *Fontes*, ii, p. 2), それは共和政期の法学には知られていなかったけれども、古典期の法学者によってもなお用いられたかどうかは疑問のままである。法源 (*Voc. Iur. Rom.* i. 256) では3度しか現われておらず、これらの3個のテキストには信憑性がない。

したがって参加要約との比較が重要であり、それをしっかりと念頭に置かなければならない。読者も詳細については以下の説明と、すでに参加要約について述べたことと比較されたい (831以下)。

844 諾約における多数当事者 (*plures rei promittendi*) でない

1. 主たる債務者と付従的な誓約人 (*sponsor*) は諾約における多数当事者 (*plures rei promittendi*) ではなかった。これはちょうど主たる要約者と参加要約

人が要約における多数当事者 (*plures rei stipulandi*) でないのと同じであった。付従的な問答契約は主たる債務者による問答契約に引き続いて行なわれた。すなわち彼らはともに一個の行為には結びつけられなかったのである (行為の一体性 *unitas actus* の欠如)。付従的な誓約は相当期間をおいても行なうことができたし、主たる問答契約と方式の上で異なっていたとしてもよかった。

ティティウス：マエウィウスよ、10〔金〕を私に支払うと約束するか。

マエウィウス：私は約束する。

ティティウス：セーイユスよ、同じ10〔金〕を私に支払うと誓約するか。

セーイユス：私は誓約する。

(Titius: Maevi, decem mihi dari promittis?)

Maevius: Promitto.

Titius: Sei, eadem decem mihi dari spondes?

Seius: Spondeo.)

845 付従性

法源 Gai. 3. 118, 119, 126.

2. 付従的な誓約は、参加要約と同様に、主たる問答契約に付随するのであり、主たる債権債務関係に付随するのではなかった。

(a) 主たる問答契約が必ず必要であった。このようにして、売買という諾成契約から生ずる債権債務関係は、前もって更改により言語による債権債務関係へと変更されない限り、付従的な誓約によって保証することはできなかったのである。

(b) たとえ主たる問答契約からいかなる債権債務関係も生じなかったとしても、それにもかかわらず付従的な誓約は有効であった。

ティティウス：マエウィウスよ、10〔金〕を私の死後支払うことを私に誓約するか。

マエウィウス：私は誓約する。

ティティウス：セーイユスよ、同じ10〔金〕を私に支払うと誓約するか。

セーイユス：私は誓約する。

(Titius: Maevi, decem mihi post mortem meam dari spondes?)

Maevius: Spondeo.

Titius: Sei, eadem decem mihi dari spondes?

Seius: Spondeo.)

要約者の死後支払うこと (post mortem stipulatoris dari) は無効 (inutilis, Gai. (496) 3. 100) であったから、主たる問答契約は効力を持たなかったが、付従的な誓約は完全に有効であった (Gai. 3. 119)。またもし主たる問答契約の諾約者が後見人の助成 (auctroritas tutoris) なしに行為した未成熟者が女子であれば、未成熟者 (pupillus) も女子 (mulier) もともに債務を免除されたが、保証人 (誓約人や信約人) は義務を負った (Gai. 3. 119)。

(c) 付従的な誓約はけっして主たる問答契約を超えて締結できなかった。もし主たる諾約者が10 [金] を約束したなら、付従的な誓約人は20 [金] を約束することはできなかった。ともかくもこれは論理的である。もちろん保証人が5 [金] だけ約束することはできた (Gai. 3. 126)。

846 更改ではない

法源 Gai. 3. 116, 176, 179. 末尾まで

3. 付従的な誓約は更改の効果を持たなかった。もし第2の問答契約が「セーイユスよ、マエウィウスが私に負っているものを私に支払うと誓約するか」(Quod Maevius mihi debet, id tu Sei mihi dari spondes?) となっていたら、これは更改であろう (Gai. 3. 176) が、付従的な誓約が締結される場合には、このような方式は慎重に避けられたのである (Gai. 3. 116)。

847 連帯債務

4. 債権債務関係が主たる問答契約から生じた場合 (もちろんそれが普通の場合だが)、付従的な誓約は第2の債権債務関係をそれに付け加えた。これは連帯債務の事例であった。

848 先訴検索の利益 (beneficium excussionis) ではない

法源 D. (47. 10) 19.

(a) 債権者は2人の債務者のうちいずれからでも全額を請求することができた。債権者はまず最初に保証人の方へそれを請求することもできた。保証人は主た

る債務者の方へ債権者を差し向ける権限はなかったのである（保証人は先訴検索の利益 *beneficium excussionis* を持たなかった。後述、865）。もし保証人と同じほど容易に主たる債務者の方へ赴くことができるなら、債権者がまず最初に主たる債務者から支払いを受けるように努めることを信義（*fides*）に基づいて要求されたのは確かである。もし債権者が主たる債務者に破廉恥の汚名を着せるために故意に初めから保証人の方へ請求したとすれば、主たる債務者は債権者を相手どっての人格権侵害訴権（*actio iniuriarum*）を援用した。

古ローマのような比較的小さい町では、世間の噂話は重要な役目を果たした。

このようにして、債権者が最初に保証人の方へ請求した場合は、主たる債務者に支払能力なしという噂がまたたくまに広がったことであろう（後述、1016）。

849 弁済

（b）もし保証人が債権者に支払ったなら、主たる債務者は免除され、もし主たる債務者が支払えば、保証人は責任を免れた。そしてもし債権者が2人の債務者の一方を受領問答契約によって免除したとすれば、受領問答契約は仮装的弁済であったので、いずれの債権債務関係も消滅した。

850 遅滞（*mora*）と過失（*culpa*）

法源 D. (38. 1) 44, debito [*fideiussor*] <*sponsor*>; (45. 1) 88 [*fideiussor*] <*sponsor*> *hominem*; [*fideiussor*] <*sponsor*> *autem*; (45. 1) 127 [*pupillus*] <*mulier*>; [*fideiussorem*] <*sponsorem*> *dedit*; [*pupillo*] <*muliere*> *nec* [*fideiussor*] <*mulier*> *nec sponsor*>; [*propter...moram*]; [*fideiussorem*] <*sponsorem*> *obligatum*.

（c）2人の債務者のうちの一方の遅滞（*mora*）および過失（*culpa*）は、他方に影響を及ぼさなかった。

Pがスティクスを与える（*Stichum dari*）と約束し、付従的な誓約人（S）（497）が同じスティクスを与える（*eundem Stichum dari*）と約束したとしよう。

Sが債務者遅滞にある（*in mora debitoris*）うちに、この奴隷が事故で死亡した。Sの債務はそのまま残った（債権債務関係は永続する *perpetuatur obligatio*、前述、813）けれども、Pの債務は消滅した。というのは、Pがその奴隷を引き

渡すことが、まったくP自身の過失によらずに不可能となってしまったからである。繰り返し強調してきたように、付従的な誓約人の問答契約は主たる問答契約に付随するものであったが、誓約人の債務は主たる債務に付随するものではなかった。このようにして、主たる債権債務関係が（支払いとか受領問答契約とは無関係に）終了したばあいにも、付従的な誓約人の債務はなお存続した。

もしPが遅滞に（in mora）陥り、奴隷が事故で死亡したなら、Pの債務は永続したが、Sは責任を免れた。D. 45. 1, 127 から引用してなされる反証（argumentum e contrario）に基づいて展開されている反論は、このテキストに信憑性がないからほとんど正当とは認められない。

851 争点決定 (litis contestatio)

5. 争点決定の効果にかんしては、われわれは主たる諸約者と付従的な誓約人が諸約における多数当事者（plures rei promittendi, 前述, 832）ではなかったという事実から出発しなければならない。したがってここでも同共連帯は存在しなかった。もし債権者が主たる債務者を訴えたなら、主たる債権債務関係は争点決定によって破られたけれども、誓約人の債権債務関係の存立基盤は主たる債権債務関係の存在にあるのではなかったもので、それはそのまま残った。もし付従的な誓約人を訴えたのであれば、誓約人の債権債務関係は争点決定により消滅したが、主たる債務者の債権債務関係はそのまま残された。同様にして、2個の債権債務関係の一方を更改しても他方を破ることはなかった。

852 誓約の一身専属的な性格

法源 Gai. 3. 120.

6. 付従的な誓約人の債権債務関係は（参加要約人の権利と同じように、前述, 837）厳格に一身専属的な性格を持っていた。それは誓約人が死亡すればつねに破られ、彼の相続人には移転されなかった（Gai. 3. 120）。

853 消滅時効

法源 Gai. 3. 121, 121a; Ulp. Disput. lib. iii. (Fragmenta Argorat. Seckel-Kübler, *Iurisprud. Anteiust.* i. 498)

7. 年代不詳の（前2世紀のものであるのは確かである）フーリウス法(lex Furia)

では、付従的な誓約人は2年を経過すると責任を免れた。しかしながら、この法律はイタリアでしか適用されなかった (Gai. 3. 121, 122)。

854 弁済費用返還請求訴権, 委任訴権, 事務管理訴権 (actio depensi, mandati, negotiorum gestorum)

法源 Gai. 3. 127; 4. 9.

8. もし誓約人が債務を履行し、6か月以内に償還されなかった場合には、プブリリウス法 (lex Publilia) は主たる債務者を相手方とする特別の弁済費用返還請求訴権 (actio depensi) を誓約人に認めた。この法律の成立年代はわからないが、おそらく前2世紀のものであろう。信約人はこの訴権を援用できなかったが、古典法では付従的な誓約人も信約人もともに、弁済費用償還のための委任訴権 (actio mandati) (498) または事務管理訴権 (actio negotiorum gestorum) を持つことになった。

さてこれまでわれわれは、単独の付従的な誓約人または信約人について取り扱ってきたにすぎない。そこでわれわれは複数の保証人 (sponsores, fidepromissores) について考察しなければならない。

855 共同保証人の連帯と共同連帯

1. 2人もしくはそれ以上の保証人は、一個の行為 (unus actus) によるものであれ、おのおの別個にであれ、同時に義務を課せられた。すなわち、彼らは (一方が今日、他方が明日行なうというように) 時期を異にしてそれを取り結ぶこともできたのである。彼らおのおのの誓約は主たる問答契約に付随した。これについてはそれ以上の説明は要しないであろう。いずれの場合も共同保証人 (consponsores) は連帯債務者であった。したがって債権者は彼らのいずれからも全額を請求できたが、もし彼らのうち一人が債権者に完済したとすれば、他の者は責任を免れたのである。

主たる債務者が100 [金] を負担したとしよう。3人の保証人A, B, Cが同じ60 [金] を支払う (eadem sexaginta dari) と約束した。債権者は彼らおのおのに60 [金] を請求することができたが、もしAが60 [金] を支払ったなら、BとCの債務は消滅した。今や主たる債務者は40 [金] だけを負担することになった。

共同保証人が一個の行為で義務を負担した場合（なおそのうえに行為した場合は除き）、もちろん共同連帯が生じ、保証人の一人との間の争点決定によって他の者の責任は免除された。

856 分担の利益 (beneficium divisionis)

法源 Gia. 3. 121.

2. これらの諸原則は前述の(853)フリーウス法 (lex Furia) によって修正された。この法律では、債権者は、債務の支払いが課せられた時点でなお生存している保証人の間で債務額を分担する義務があった。

A, B, C, Dが60〔金〕の債務のための保証人であったとしよう。債務の支払いを求められたときにはすでにDが死亡していた（前述, 852）。債権者はA, B, Cからそれぞれ20〔金〕ずつ請求できたにすぎない。

しかしながら、前述したようにフリーウス法はイタリアでしか適用されなかった。属州においては、古典期の全期間にわたって古い連帯が存続した。神聖なハドリアヌスの書簡に基づく分担の利益 (beneficium divisionis ex epistula divi Hadriani, 後述, 867) は、古典期にはけっして誓約と信約に拡張されなかった (Gai. 3. 121a はおそらく全面的に改ざんされている。ここでは、イタリアが属州と呼ばれているからである)。

857 アプレーウス法 (Lex Apuleia)

法源 Gai. 3. 122.

3. アプレーウス法 (lex Apuleia, フリーウス法よりも早い) では、自己の持分より多く支払った付従的な誓約人または信約人は、他の保証人たちからその超過分を取り戻すことができた。

もしA, B, Cが60〔金〕の債務のための保証人で、Aが全額支払ったなら、Aは、BとCからそれぞれ20〔金〕ずつ取り戻すことができたのである。

vi. 信命 (fideiussio)

858 その起源

(499)

信命は付従的な誓約 (sponsio) や信約 (fidepromissio) と同じように、問答契約によって生じた保証の第3の形態であったが、その他の点では基本的にそれら2

個のより古い形態と異なっていた。信命 (fideiussio) の起源は古いものではない。われわれはせいぜいそれをラベオーまで跡づけることができるにすぎない。fideiussio と fideiubere という言葉はカエサルやケクロの作品にはなく、もちろんそれより古い文献にもまったくない。またそれは、われわれの知るすべての法律 (leges) にもない。このようにしてわれわれは、信命が共和政末期ないし元首政初期の法学、おそらくセルウィウス・ヌルピキウス・カラベオーによって創設されたと推測してよいだろう。いずれにしても、信命は保証の中でもっとも新しい形態であって、結局のところそれがより古い2個の形態から引き出されたとしても不思議ではない。ユースティニアヌス法では信命だけが生き残った。

859 その性格

法源 Gai. 3. 116.

信命の法的性格については、付従的な誓約や信約とは対照的に、簡潔に述べることができる。

1. 信命人 (fideiussor) は主たる債務者が約束したものを (誓約人や信約人がしたようには) 約束することができなかった (信命人は参加諸約人ではなく、古典期の法学者たちによってそのようなものとして名づけられたのでなかったことは確かである。前述, 843)。しかし信命人は、主たる債務者による主たる債務の履行に責任を負うと自ら言明したのである。その違いを比較対照してつぎのように説明しよう。

付従的な誓約 (sponsio)

ティティウス：マエウィウスよ、10
〔金〕を私に支払うと誓約するか。
マエウィウス：私は誓約する。
ティティウス：セーイユスよ、同じ10
〔金〕を私に支払うと誓約するか。
セーイユス：私は誓約する。(前述,
842)

信命 (fideiussio)

ティティウス：マエウィウスよ、10
〔金〕を私に支払うと誓約するか。
マエウィウス：私は誓約する。
ティティウス：セーイユスよ、マエウ
ィウスが私に負っているものが自分
の信義に基づくべきだとあなたは命
ずるか。
セーイユス：信義に基づくと命ずる。

信義に基づくと命ずる (*fideiubeo*) とは、「私はその債務が私の信義 (*fides* 私の誠実な信用, 信義, 責任) に依拠すべき (または私の信義によって支えられるべき) ことを望む」ことを意味する。*iubere* は、「私は何々を決心する」(*sic volo*) 「私は何々を命ずる」(*sic iudeo*) または「君たちは望み命じる」(*velitis iudeatis*) におけるように, *velle* (欲する, 決心する) と同義で用いられる。*fidepromitto* はただたんに *promitto* の文体上の変形でしかないことに注意すべきである。また, *fide mea spondeo* (私の信義により私は約束する。Plinius, *epist.* 1. 14. 10) というのは, 文体のうえで *spondeo* と異なるだけである。この2つの事例においては, *fide* は省略してもよい。しかしながら, *fideiudeo* において *fide* は欠くことのできないものである。すなわち, *fideiubeo* は *iubeo id fide mea esse* の省略なのである。

2. 信命は, 2個のより古い保証の形態のように主たる問答契約に付随する問答 (500) 契約であったのではなく, むしろ主たる債権債務関係に付随する債権債務関係をうちに含んだ問答契約であった。だから, 主たる債権債務関係は必ずしも問答契約によって生じたものである必要はなかったのである。

さて次に細部について見ていくことにしよう。

860 主たる債権債務関係の性格

法源 Gai. 3. 119a; D. (46. 1) 70. 5 [non] sic; [nam...vim hadet]

1. 主たる問答契約は信命の要件ではなかった。主たる債権債務関係は問答契約の他いかなる原因 (*causa*) からでも生じさせることができた。自然債務 (前述, 795) でも十分であった (Gai. 3. 119a)。古典法では, 不法行為から生ずる債権債務関係だけは, それが罰的性格を持っていたため除外された。

861 主たる債権債務関係が存在しなかった場合

法源 D. (46. 1) 23.

2. 初めから主たる債権債務関係が存在しなかった場合には, 信命は無効であった。

付従的な誓約や信約との違いは, 保証人が主たる問答契約を保証する場合にとくに明瞭となる。

付従的な誓約 (sponsio)

主たる諾約者が後見人の助成なしに行為した未成熟者であった。この場合付従的な誓約は有効なものであった。

主たる諾約者が奴隷であった。この場合付従的な誓約は無効なものであった (Gai. 3. 119)。

信命 (fideiussio)

主たる諾約者が後見人の助成なしに行為した未成熟者であった。この場合信命は無効であった。

主たる諾約者が奴隷であった。奴隷は自然に債務を課せられた者 (naturaliter obligatus) であったから、その信命は有効であった (Gai. 3. 119a)。

862 主たる債権債務関係がなくなった場合

法源 C. (8. 40) 4 [legitime perfecta]; D. (46. 1) 21.3; *Paul. Sent.* (2. 17) 16.; D. (4. 3) 19.

3. 主たる債権債務関係が後に消滅した場合、信命人の責任は自動的に消滅した。このように、もし債権者が主たる債務者から支払いを受け取ったとすれば、あるいは債権者が受領問答契約によって主たる債務者を免除したとすれば、信命人はその責任を免れた。もし主たる債権債務関係が更改または混同 (confusio, たとえば債権者が主たる債務者の相続人となった場合) によって消滅したならば、信命人の責任は消滅した。債権者が主たる債務者を訴え、それによって (争点決定で) 主たる債権債務関係を消滅させたなら、信命人はその責任を免れた (*Paul. Sent.* 2. 17. 16)。もし主たる債務者の過失にはよらずに主たる債務の履行ができなくなった (たとえば、主たる債務者がスティクスを与える義務を負い、そのスティクスが事故で死亡した) とすれば、主たる債務者は責任を免れたが、なおそのうえ信命人も責任を免れたのである。たとえその奴隷が信命人の悪意 (dolus) により死亡したとしても、主たる債務は (主たる債務者はその死亡に対して責任がなかったのであるから) 消滅し、そればかりか信命人の債務も消滅した。というのは、この付従的な債権債務関係は主たる債権債務関係がなくては存在しえなかったからである。この事例では、債権者は信命人を相手どって悪意訴権 (actio de dolo) を有した。しかしながら、もしも奴隷が付従的な誓約人 (sponsor) の故意により死亡したとすれば、主たる債務者はその死亡に対して責任がなかったわけであるから、主たる債務は消滅したけれども、誓約人の債権債務関係は主たる債権債務関係がなくとも存

在できるのであるから、誓約人の債務はそのまま残った。

863 抗弁 (exceptio)

法源 D. (39. 5) 24. legis <Cincia>

4. 主たる債務者が抗弁 (exceptio) で保護された場合には、主たる債務者が保証人に償還する義務を負っていないなくても、信命人もその抗弁を援用することができた。

864 負債額を超えない信命 (fideiussio in minus)

法源 Gai. 3. 126.

5. 信命人の債務はもちろん主たる債務を超えることはできなかった。もし主たる債務者が100 [金] を負担したなら、信命人はそのうちの50 [金] についてだけでも責任を負うことはできたが、100 [金] を超えるものについては責任を負えなかった。この点については、信命は付従的な誓約や信命と異なるところがなかった (Gai. 3. 126)。

865 連帯ではあるが共同連帯ではない

6. 主たる債務者と信命人は連債債務者であった。債権者はまず初めに信命人に支払いを申し込むことができた。古典法では、信命人は先訴検索の利益 (beneficium excussionis) など持っていなかった。これはユースターニアヌスによってはじめて導入されたものである (Novella. 4, cap. 1)。主たる債務者と信命人とは諸約における多数当事者 (plures rei promittendi) ではなかった。したがって、共同連帯は存在しなかった。信命人の債務が更改された場合には、主たる債務はそのまま残ったし、債権者が信命人を訴えた場合には、争点決定が信命人の債権債務関係を破ったが、主たる債務者の債権債務関係まで破ることはなかった。通説は信命人との間の争点決定が主たる債権債務関係をも消滅させたとするけれども、これは関連するいかなるテキストによっても支持されず、曖昧な推測に基づいているにすぎない。

866 償還

法源 Gai. 3. 127.

7. 信命人は、債権者に弁済したばあいには、償還を求めて委任訴権または事務

管理訴権により主たる債務者を訴えることができた。古典法では、訴権譲渡の利益 (beneficium cedendarum actionum) という技巧的な工夫がまだなかったことは明らかである。

債権者が信命人からの支払いを請求し、信命人は、もし債権者が主たる債務者を相手方とする訴権を信命人に譲渡するのなら、自分が支払う用意があると声明したとしよう。債権者がそれに同意し、信命人は支払った。その支払いは訴権について支払われた代価とみなすことができ、したがってこの訴権は消滅しなかった。もしも債権者が信命人を訴えたとするれば、債権者は (悪意の抗弁 *exceptio doli* の効力に基づき) 主たる債務者を相手方とする自己の訴権を (すでに述べたように、これは信命人との間の争点決定で消滅することはなかった) 信命人に譲渡するように、審判人によって強制された。しかしながら、この技巧的な工夫は古典法では実際に行なわれなかったことは明らかである。この場合、委任訴権と事務管理訴権による救済で十分であった。

867 分担の利益 (beneficium divisionis)

法源 Gai. 3. 121.

8. 2人もしくはそれ以上の信命人は連帯債務者であり、一個の行為 (unus actus) によって義務を負ったときだけ共同連帯の債務者となった。共同信命人 (confideiussores) は、ハドリアヌスの書簡 (epistula Hadriani) では、分担の利益 (beneficium divisionis) を享有し、債権者は、争点決定の時点で支払い能力のある保証人の中で債務額を分割する義務を負った。だがこの利益が一個の行為によって義務を負った複数の信命人に限られていたとする見解には根拠がない。

A, B, Cが60〔金〕についての共同信命人であったとしよう。全員が支払い能力があったとすれば、債権者は彼らそれぞれから20〔金〕ずつ請求することができた。だがもしCに支払い能力がなければ、AとBはそれぞれ30〔金〕について責任を負ったのである。

868 共同信命人相互の償還

法源 Gai. 3. 122, verb. itaque si, 等

9. もし共同信命人のうちの一人が債権者に支払いをなしたとすれば、その他の

保証人はその者に持分に応じて (*pro parte*) 償還する義務を負った。支払いをなした保証人の方では、彼らを相手どって委任訴権 (*actio mandati*)、事務管理訴権 (*actio negotiorum gestorum*) または組合訴権 (*actio pro socio*) を有していた。だが訴権譲渡の利益は、古典法にはまだなかったのである。

869 ユースティーニアーヌス法

法源 *Inst. Iust.* (3. 20) pr. 5, 6.; *Gai.* 3. 115, 117, 126, 127.

すでに述べたように (858), ユースティーニアーヌス法では信命だけが生き残り、付従的な誓約と信約は廃止された。編纂者たちが編纂物の中に付従的な誓約や信約を取り扱っているテキストを挿入するときは、つねに信命 (*fideiussio*) をこれらのより古い保証形態のかわりに置き換えた。これらのインテルポラーティオーを証明するのはおおむね簡単である。またユースティーニアーヌスは争点決定の消耗的な効力を廃止した (C. 8. 40. 28)。これとの関連で他の種類のインテルポラーティオーについてこれ以上述べる必要はない。ユースティーニアーヌスのテキストにかんする十分かつ批判的な分析はまだおこなわれていない。

(西村隆誉志)